Ueber das Verhältniß
von
l. 41 D. de pignoraticia actione, vel contra (13,7)
zu
l. 22 D. de pignoribus et hypothecis etc. (20,1)

Inaugural-Dissertation,

welche

mit Genehmigung der juristischen Facultät

zu

Marburg

zur Erlangung der Doctor-Würde

veröffentlicht

Richard Boeger

aus

Meppenburg.

Hanau.

Buchdruckerei des Waisenhauses.

1873.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554412_0107

I. Kapitel.

Einleitung.

Durch die Verpfändung einer fremden Sache ohne des Eigenthümers Willen kann ein Pfandrecht nicht begründet werden. Erwirbt aber der Verpfänder später diese Sache, so convalesciert dasselbe nach römischem Rechte in den meisten Fällen. Freilich gelangt es auch dann zu einer unmittelbaren Wirksamkeit nicht; aber es zeigt sich doch mittelbar wirksam, indem die Pfandklage utiliter ertheilt wird.

Ob dieses auch da der Fall sei, wo der Eigenthümer der verpfändeten Sache des Verpfänders Erbe geworden, ist eine sehr bestrittene Frage. In den Quellen scheint dieselbe verschieden beantwortet zu sein: Modestinus bejaht sie in l. 22 D. de pignoribus et hypothecis (20, 1) offenbar [a]); dagegen möchte man glauben, daß sie Paulus in l. 41 D. de pignoraticia actione vel contra (13, 7) geradezu verneine. [b])

---

a) „Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoraticia dabitur creditori.“

b) „Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse coepisti, datur utilis actio pignoraticia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero, hoc enim modo pignoris persecutio non est concedenda creditori; neque utique sufficit ad competendam utilem pignoraticiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus actio utilis moveatur.“

In der That sind auch die meisten Juristen dieser Meinung. [c]) Sie können sich aber nicht darüber einigen, wessen Ausspruch denn nun den Vorzug verdiene [d]). Andere hingegen erkennen einen Widerspruch in den Gesetzen nicht an; sie interpretieren dieselben aber auf sehr verschiedene Weise und kommen somit auch zu ganz entgegengesetzten Resultaten. Da mithin die größte Verwirrung in dieser Lehre herrscht, so dürfte es sich wohl der Mühe lohnen, derselben nochmals eine eingehende Betrachtung zu widmen. Eine solche wird hoffentlich ergeben, daß die genannten Stellen, insbesondere die l. 41, bisher unrichtig verstanden sind, und daher nicht nur die Annahme einer Antinomie als unbegründet erscheinen muß, sondern auch die verschiedenen Vereinigungsversuche als verfehlt zu betrachten sind.

---

c) Glück, Comm. XIV, 35 sagt darüber: „Der Widerstreit beider Gesetze ist also wohl unvereinbar und kann durch keine Interpretation gehoben werden"; und Dernburg, Pfandr. I, 269: „Der Widerstreit beider Entscheidungen ist unversöhnlich ...... Solcher klar ausgesprochenen Dissens gegenüber müssen alle Versuche einer Einigung scheitern."

d) Für Modestinus erklären sich: Windscheid, Zeitschr. für Zivilr. u. Proz. Gießen 1847 III, 439: „Die gemeine Meinung geht jetzt wohl dahin, daß ein Widerspruch zwischen Paulus und Modestinus zuzugeben, die Entscheidung des letzteren aber zu befolgen sei. Auch ich bin dieser Meinung." Desgl. Mühlenbruch, Pand. §. 304, Note 11, Trotsche, Gießer Zeitschr. XVIII, 96, von Vangerow, Pand. I, 836, Arndts, Pand. I, 622 u. a. Für Paulus: Bachoven, Pfandr. I, 548: „Ich denke, niemand wird das mindeste Bedenken tragen, der Ansicht des Paulus beizutreten, die des Modestinus aber zu verwerfen." Ebenso Glück l. c. S. 38, Gesterding, Pfandr., S. 112, Huschke, Zeitschr. für Zivilr. u. Proz. Gießen 1844, XX, 244, u. a.

II. Kapitel.

Darstellung und Kritik dieser Versuche.

1. Der Versuch der Accursius und seiner Anhänger.

Accursius [e]), dem unter anderen [f]) von den älteren Juristen Balduinus [g]) und Donellus [h]) und von den neueren besonders Westphal [i]) und Bollei [k]) beigetreten sind, stellt die Behauptung auf, daß die fraglichen Gesetze von ganz verschiedenen Klagen handelten. Denn in l. 41 werde unter der utilis pignoraticia actio eine dingliche Klage, die actio utilis hypothecaria verstanden, in l. 22 dagegen eine persönliche, nämlich die actio pignoraticia contraria.

Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß, die Richtigkeit dieser Ansicht zugegeben, von einem Widerstreite in den Gesetzen nicht die Rede sein könnte. Es ist aber die Annahme des Accursius eine haltlose Hypothese; auch die l. 22 hat lediglich die actio hypothecaria zum Gegenstande. Ist nun auch Glück, welcher unter Berufung auf Pothier [m]) einwirft, daß die Worte: „qui pignori obligaverit" in derselben sich doch nur auf eine Hypothek beziehen könnten, hierin nicht beizupflichten, indem der-

---

e) vergl. die Glosse zu l. 22. cit.

f) siehe die Einzelnen bei Glück l. c. S. 32 u. bei Bollei, von öffentl. Unterpfändern §. 56.

g) de pignor. c. 12.

h) eodem c. 7.

i) Pfandr. §. 115, Note 137.

k) l. c.

l) l. c. S. 39 f.

m) Pand. Just. I. l. XX t. I. nr. XX not. c.

jenige, welcher ein Faustpfand hingibt, doch gewiß auch pignori obligat, so weist doch schon, wie Glück dagegen richtig bemerkt[mm]), nicht nur die Stellung der l. 22 unter den betreffenden Titel darauf hin, daß es sich hier um das dingliche Recht, folglich um die actio hypothecaria, handelt, sondern auch insbesondere der Umstand, daß sonst der Satz: „pignus directo quidem non convalescit“ an dieser Stelle völlig überflüssig wäre, da für die Zulässigkeit der persönlichen Pfandgegenklage die Möglichkeit einer Convalescenz des Pfandrechts überhaupt nicht in Betracht kommt. Ja noch mehr: wenn wir unter der utilis actio die persönliche Klage verständen, so müßten wir dem Modestin gradezu einen Denkfehler imputieren, indem er dann zwei ganz heterogene Fragen in der Form eines scharfen Gegensatzes directo quidem non — sed utilis..... einander gegenüber stellen würde.

Endlich würde sich auch Modestinus nicht der Trivialität schuldig gemacht haben, noch besonders und an dieser Stelle auf etwas aufmerksam zu machen, was sich von selbst versteht, daß nämlich die actio pignoraticia contraria gleichfalls gegen den Erben des Verpfänders übergeht, und eben so wenig spricht irgend ein Grund dafür, daß dieselbe gegen diesen nur als utilis zulässig sei, während sie doch gegen den Erblasser als directa zusteht.

Ueber ein anderes wichtiges Argument gegen diese Ansicht vergl. unten S. 15. u. 16.

2. Die Erklärung Peter Faber's.

Bei P. Faber[n]), welchem sich viele ältere Juristen ange-

mm) l. c. S. 35.

n) Semestr. l. II. c. 18.

schlossen haben, findet sich dagegen die Ansicht vertreten, daß der l. 22 ein Fall zu Grunde liege, wo die Verpfändung blos ohne Wissen des Erben geschehen, während sie in dem Falle der l. 41 wider seinen Willen vorgenommen und nur hier die Möglichkeit einer Convalescenz geleugnet sei.

Aber auch diese Erklärung ist nicht zu billigen: Jeder unbefangene Interpret wird in den Worten der l. 41: „qui rem meam sine mea voluntate obligaverat“ weiter nichts hervorgehoben finden, als grade den Gegensatz zu einer Verpfändung mit des Eigenthümers Zustimmung; er wird hier blos den Fall, wo das Pfand nur convalescieren kann, demjenigen gegenüber gestellt sehen, wo es gleich von Anfang an ipso jure gültig ist.

Außerdem kommt man aber auch mit dieser Interpretation gar nicht über die Schwierigkeit hinaus. Denn mit Recht stellt ihr Glück l. c. S. 33 den Rechtssatz entgegen, daß überall, wo die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes von der Einwilligung eines Dritten abhängt, es einerlei ist, ob dasselbe ohne sein Wissen, oder ob es wider seinen Willen abgeschlossen wurde, indem es sowohl hier, als dort, an der Einwilligung fehlt.

Hiernach muß es als ganz gleichgültig erscheinen, daß die Basiliken, auf welche die Gegner ihre Erklärung besonders stützen, die Worte sine voluntate durch *παρὰ γνώμην* i. e. contra voluntatem, wiedergegeben.

3. Der Vereinigungsversuch des Cujacius.

Wieder andere, Cujacius [o]) an der Spitze, und in neuerer Zeit Müller [p]) ziehen die historische Erklärung vor. Nach

[o]) observat. XIX, 26.

[p]) Archiv für civ. Prax. XI, 390.

ihnen soll zu Paulus Zeiten, dem strengen Rechte entsprechend, die actio utilis gegen den Erben des Verpfänders unzulässig gewesen, aber zu den Zeiten des Modestinus aus Billigkeitsrücksichten gestattet worden sein.

Es soll hiergegen gar nicht geltend gemacht werden, ob beide nicht vielmehr gleichzeitig gelebt haben [q]); aber es kann nicht verschwiegen werden, daß zur historischen Erklärung, wenn sie nicht zu einem Gemeinplatz werden soll, nur als zu dem letzten Rettungsanker gegriffen werden darf. Dies ist aber hier noch nicht nöthig. Die Hülfe liegt, wie ich unten nachzuweisen bestrebt sein werde, weit näher.

4. Die Konjecturalkritik Meyer's und Huschke's Emendation.

Besonders merkwürdig ist das Vereinigungsverfahren Meyer's. Derselbe [r]) nimmt zunächst einige Textänderungen vor, indem er a) statt „non est idem dicendum ....." nonne est idem dicendum und b) vor „enim modo pignoris" statt „hoc" „haec" lesen will: denn es sei ganz wahrscheinlich, daß vor dem „est" ein „ne", beziehungsweise „n'" ausgefallen wäre, und ebenso seien hoc und haec leicht einer Verwechselung unterworfen, weshalb man ohne großes Bedenken das eine die Stelle des anderen vertreten lassen dürfte!? Sodann zieht derselbe das „haec" zu dem Worte „persecutio" und bringt endlich hinter „extitero", „creditori" und „debet" Fragezeichen an, so daß die betreffenden Sätze das darin Enthaltene als negative Fragesätze bejahen sollen.

---

q) vergl. hierüber van Rispen, Diss. ad fragm. quae in Digest. ex Her. Modest. IX lib. diff. sprs. c. I. p. 6.

r) Archiv für civ. Prac. IX, 257 ff.

Abgesehen davon, daß Meyer dem Paulus eine verwunderliche Redeweise zumuthet, wenn er ihn plötzlich ohne den geringsten Anstoß aus einer sehr ruhigen Erörterung eines außerordentlich trockenen Gegenstandes in Ciceronische Redewendungen verfallen läßt, welche hier durchaus nicht am Platze sind, übersetzt er den Satz: „neque utique sufficit ......?“ unrichtig, indem er ihn so wiedergibt: „Und reicht es zur Begründung der utilis actio gegen den Erben nicht hin, daß er Eigenthümer ist und nun durch Beerbung des Verpfänders Schuldner wird?“ — Dieser Satz ist vielmehr ganz allgemein zu verstehen. Daher darf man ihn auch nicht in einen negativen Fragesatz verwandeln; denn sonst würde er eine offenbare Unrichtigkeit enthalten.

Doch auch wenn diese Schwierigkeiten zu umgehen wären, müßte Meyer's Verfahren an einer anderen Klippe unfehlbar scheitern. Denn wenn Paulus durch die vorhergehenden Worte die actio utilis gegen den Erben gewähren wollte, so ist nicht einzusehen, weshalb er einen Fall, wo die Klage ebenfalls zugelassen werden sollte, in dem Schlußsatze der lex mit „sed si ..“ entgegenstellte.

Viel einfacher und geistreicher ist dagegen die von Huschke [8]) vorgeschlagene Emendation, wonach der Abschreiber der l. 22 vor dem Worte „utilis“ ein „nec“ d. h. n' aus Verwandtschaft mit dem darauf folgenden „u“ und wegen der ihm unerwarteten Wendung übersehen, und Modestinus vielmehr gesagt haben soll, durch die Beerbung convalesciere das Pfand zwar direct nicht, aber es würde auch nicht einmal eine utilis hypothecaria actio gegeben.

Allein jedermann fühlt, daß mit Rücksicht auf das vorangehende „quidem“ eine solche Redewendung wenigstens unpassend

---

[8]) l. c. S. 243 ff.

sein würde und nur dann vermuthet werden dürfte, wenn sich statt dessen ein „non tantum" vorfände.

Außerdem ist hier die Analogie der Eigenthumslehre zu beachten. Wenn nämlich ein Nichteigenthümer veräußert hat und darauf von dem Eigenthümer der veräußerten Sache beerbt wird, so wird bekanntlich durch die exceptio respective replicatio rei venditae et traditae praktisch derselbe Erfolg herbeigeführt, wie wenn die Veräußerung convalescierte. Der Erwerber ist nicht nur dritten gegenüber, sondern auch gegen den Eigenthümer und seine Singular- wie Universal-Successoren vollkommen, und zwar (wenigstens wenn er beim Erwerbe bona fide war) auch durch Klage sicher gestellt. Um wie viel mehr aber werden wir solchen Schutz in dem analogen Falle bei dem jüngeren und freieren Institute des Pfandrechts erwarten. Wenn uns nun in dem römischen Rechtsbuche eine diesen Schutz verheißende Stelle überliefert ist, so muß es doch als höchst bedenklich erscheinen, hier mit Huschke eine unrichtige Abschrift vermuthen zu wollen.

5. Die Interpretation von Sintenis.

Nicht ohne eine oberflächliche Wahrscheinlichkeit findet Sintenis [t]) in dem Schlußsatze der l. 41: „Sed si convenisset ..." und nach dem Vorgange von Charondas [u]) auch in l. 22 in den Worten „ex postfacto" eine nachträgliche Genehmigung der Verpfändung von Seiten des Erben. Demnach soll in den beiden Stellen nur für den Fall einer solchen die actio hypothecaria utilis verstattet sein.

Was nun den Schlußsatz der l. 41 betrifft, so kann man

---

[t]) Pfandr. Streitfr. S. 99 und Handbuch des gem. Pfandr. §. 16, B. Nr. 4.

[u]) Verisimil. l. I c. 20 (in Ott. th. I, 731).

ihn ohne Zweifel unter alleiniger Berücksichtigung der Regeln der Grammatik und Logik, wie Sintenis, verstehen, keineswegs aber auch so in l. 22 die Worte „ex postfacto". Diese können sich allem logischen Zusammenhange nach nur auf das der Verpfändung durch den Erblasser nachfolgende Ereigniß der Beerbung beziehen. Daher ist auch die Behauptung von Sintenis, dieselben könnten außer in dem von ihm angegebenen Sinne überhaupt nicht verstanden werden, um so weniger zu begreifen, als sie, wie Büchel [v]) mit Recht hervorhebt, in l. 17 §. 4 D. de pactis (2, 14) ganz dasselbe ausdrücken, was sie hier allem Zusammenhange nach andeuten sollen.

Aus juristischen Gründen müssen aber beide Stellen anders aufgefaßt werden. Denn durch eine nachträgliche Genehmigung würde das Pfand ipso jure gültig werden und demgemäß die actio directa zuständig sein.

Vergl. auch Büchel l. c.

6. Büchel über die l. 41.

So sehr man Büchel in den Argumenten gegen Sintenis beistimmen muß, ebensowenig kann man das von ihm selbst zur Beseitigung der scheinbaren Antinomie eingeschlagene Verfahren gutheißen. Unter besonderer Premierung der Worte „hoc enim modo" glaubte derselbe zuerst [w]), Paulus verwerfe hier gar nicht die actio utiles gegen den Erbeigenthümer, sondern gestehe sie gegen ihn nur nicht aus demselben Grunde zu, wie gegen den Verpfänder: diesem gegenüber gründe sie sich auf einen dolus, gegenüber jenem aber nicht.

---

v) Richter's krit. Jahrb. Jahrg. I. B. I. S. 105.

w) Civilr. Erörterungen, 2. Aufl. I, 132 ff. Note.

Selbstverständlich kann man bei dem letztern einen solchen nicht voraussetzen; aber eben so wenig darf man einen dolus des erstern für den eigentlichen Grund der Klage halten. Denn sonst müßte sie doch wohl ausgeschlossen sein, wenn der Verpfänder (was meistens der Fall sein wird), die Sache irrthümlich für die seinige hielt. Die Klage beruht vielmehr überall auf reinen Grundsätzen der Billigkeit, welche zu Gunsten des Pfandgläubigers angenommen sind [x]). Auch besagt meines Erachtens der Satz: „hoc enim modo pignoris persecutio non est concedenda creditori“ nicht, wie mit der Mehrzahl der Juristen Büchel annimmt, daß die Verfolgung des Pfandes gegen den Erben nicht auf dieselbe Weise zulässig sei, wie gegen den Verpfänder, sondern daß sie gegen den ursprünglichen Schuldner, der später Eigenthümer des Pfandes geworden ist, nicht in dem Maße zu gestatten sei, wie gegen den erstern [y]).

Später hat nun auch Büchel eine andere Erklärung aufgestellt: durch Veränderung der üblichen Interpunction, indem er so liest: „. . . qui rem meam obligaverat, sine mea voluntate heres extitero . . .“ vermeint derselbe nunmehr die Lösung des Räthsels gefunden zu haben [z]). Es soll demnach Paulus nur im Falle eines gezwungenen Erbschaftsantrittes die Zulässigkeit der analogen Pfandklage verneinen.

Allein es ist doch zu augenscheinlich, daß die Worte „sine mea voluntate“ in l. 41 ebenso, wie in l. 22, die Worte „ignorante me“ zu dem Verbum obligare gehören: es ist nicht füglich zu bezweifeln, daß in beiden Stellen der Fall einer Verpfändung ohne den Willen des Eigenthümers dem einer Ver-

---

x) vergl. z. B. l. 5 C. „si aliena res (8, 16).

y) siehe unten S. 17.

z) l. c. S. 278 u. 279.

pfändung mit dem Willen desselben gegenüber gestellt werden sollte. Außerdem weist der erste Satz der l. 41 klar darauf hin, daß in dem Folgenden ganz allgemeinen die Frage über die Statthaftigkeit der Klage gegen den Erben entschieden werden sollte. Paulus schneidet damit jede entgegenstehende, zumal eine so künstliche und gesuchte Interpretation, wie die Büchel's, von vornherein ab.

Aber auch aus anderen Gründen ist die Ansicht des letztern zu verwerfen: Es unterliegt keinem Zweifel, daß gegen den Erben, welcher die Erbschaft ex S. C. Trebelliano gezwungen antrat, nach prätorischem Rechte keine Klage als solchen mehr angestellt werden kann. Dasselbe gilt also auch von der actio hypothecaria utilis. Damit fällt hier denn auch die Möglichkeit einer Convalescenz des Pfandrechtes fort. Paulus brauchte daher dies nicht mehr besonders hervorzuheben; wollte er es aber dennoch, so mußte er, um dem Vorwurfe einer mangelhaften Darstellung auszuweichen, die Klage auch gleichzeitig für den Fall freiwilliger Antretung mit nachfolgender Restitution der ganzen Erbschaft für unzulässig erklären. Denn hier gelten ganz dieselben Grundsätze. Abgesehen davon hätte er seine Entscheidung auch unmöglich durch die Worte begründen können: „neque utique sufficit ..... eundum esse dominum, qui etiam pecuniam debet.“ Denn der zum Antritt gezwungene Fiduziar, der civilrechtliche Eigenthümer der verpfändeten Sache, wird ja vom Prätor in keiner Weise als Erbe und also auch nicht als Eigenthümer und als Schuldner behandelt.

7. Die Vereinigungsversuche von Puchta, Schmidt und von Scheurl.

Am Schlusse dieses Kapitels sei noch erwähnt, daß

Puchta [a]) der kritischen Stelle der l. 41 einen Fall unterschiebt, wo der Verpfänder ausdrücklich die Garantie für sein Eigenthum abgelehnt habe, und Schmidt [b]) die l. 41 von dem Falle handeln läßt, wo der Erblasser die Sache des Erben für dessen Schuld, die l. 22 aber, wo er sie für seine eigene Schuld verpfändet habe.

Von Scheurl [c]) endlich, welcher sich der Ansicht des Accursius mit anschließt, glaubt die Frage, warum in l. 22 nur eine utilis actio zugelassen sei, einfach mit der Bemerkung abschneiden zu können, daß utilis hier so viel bedeute, als „wirksam."

Diese Ansichten, die hier nur der Vollständigkeit halber angeführt sind, werden einer besonderen Widerlegung nicht bedürfen.

III. Kapitel.

Das Verhältniß der l. 22 und 41 zu einander nach des Autors Ansicht.

1. Der Sinn der l. 22.

Bei weitem nicht alle Stellen im corpus juris sind so correct gefaßt und lassen so wenig Zweideutigkeiten Raum, wie grade diese lex. Modestin sagt hier sehr bestimmt und präzis, im Falle der Eigenthümer der vom Nichteigenthümer verpfändeten Sache den letztern beerbe, convalescire das Pfand direct zwar

a) Vorlesungen §. 197 und Beilage XVIII.

b) Grunds. des gem. u. preuß. Pfandr. S. 97 ff.

c) Pözl's Vierteljahresschr. II, 452.

nicht, mithin stehe die actio hypothecaria directa nicht zu; aber es würde die actio hyopthecaria utilis gewährt. Zwar bedient sich Modestin nicht grade dieses Ausdruckes, allein die von ihm gewählte Bezeichnung „utilis pignoraticia" ist damit gleichbedeutend und durchaus nicht ungewöhnlich [d]). Ich wüßte daher in der That nicht, wie er sich deutlicher und correcter hätte ausdrücken sollen. Dennoch hat man seinen klaren Ausspruch mißverstehen können und ihn zu bemängeln sich nicht gescheut; man hat nicht nur die Worte „ex postfacto" falsch zu deuten gewagt, sondern selbst in dem Satze: „sed pignoraticia utilis dabitur creditori" die Zulassung der persönlichen Pfandgegenklage finden zu dürfen geglaubt, ohne zu bedenken, daß Modestin selbst in l. 26 §. 1 eodem, welche freilich einem anderen Werke entnommen ist, als l. 22 cit. klar zu erkennen gibt, daß er die utilis hypothecaria actio gegen den Erben gestatte und somit nicht undeutlich merken läßt, was er in der l. 22 unter der utilis pignoraticia verstanden habe. Dort behandelt er nämlich einen Fall, wo der Eigenthümer der vom Nichteigenthümer, seinem Vater, verpfändeten Sache einen Schuldschein desselben geschrieben hatte, worin zugleich der Verpfändung Erwähnung geschehen war, und schließt hieran die Frage, ob sich der Sohn gegen die actio hypothecaria darauf berufen könne, daß er sich der väterlichen Erbschaft enthalten habe; er verneint diese Frage, indem er als Grund angibt, daß derselbe durch das Schreiben seine Einwilligung zu der Verpfändung gegeben habe, und sie schon deshalb gültig sei. Da aber Modestin die Einrede, daß der Sohn nicht Erbe geworden sei, ganz besonders berücksichtigt, so dürfen wir mit Recht hieraus schließen, daß er im umgekehrten Falle eben auch, weil er Erbe

---

d) vergl. z. B. l. 41 cit. l. 7 §. 12 D. comm. div. (10, 3) l. 3 §. 5 D. ad exhibendum (10, 4).

geworden, die actio pignoraticia in rem für zulässig erklärt haben würde [e]).

Bei einer so klaren und correcten Fassung der l. 22 muß es daher auch von vornherein als ein nutzloses Beginnen angesehen werden, in dieselbe den Sinn hineininterpretieren zu wollen, welchen die l. 41 scheinbar hat; vielmehr wird man, wenn man eine Vereinigung dieser Gesetze anstrebt, ausschließlich sein Augenmerk darauf zu richten haben, ob nicht die letztere in dem Sinne der ersteren zu verstehen ist, da sie sich schon auf den ersten Blick als außerordentlich incorrect hingeworfen darstellt.

2. Die Interpretation der l. 41.

Die l. 22 behandelt lediglich die Frage, ob gegen den Erbeigenthümer die analoge Pfandklage zustehe. Dagegen soll in l. 41 das Thema besprochen werden, was Rechtens sei, wenn der ursprüngliche Schuldner später das Pfandobject erwerbe. Nicht ohne Grund stehen die Worte: „Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse coepisti; datur utilis actio pignoraticia creditori“ dort an der Spitze. Hiernach wird nun für die Zulässigkeit der Klage gegen jenen zweierlei vorausgesetzt:

a) die Verpfändung der Sache durch ihn, den Schuldner, selbst und

b) nachträglicher Eigenthumserwerb derselben.

Das erstere Erforderniß ist hier nicht besonders betont; daß aber das größte Gewicht darauf gelegt werden sollte, erhellt aus den Sätzen: „neque utique sufficit ad competendam utilem pignoraticiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam

[e]) vergl. auch Trotsche l. c. S. 93.

pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus actio utilis moveatur"[ee]). Diese Theile der Stelle gehören daher auch unzweifelhaft zusammen, der noch übrige ist eingeschoben. Was drückt nun aber der kritische Satz: „Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero" eigentlich aus? etwa daß gegen den erbenden Eigenthümer die analoge Pfandklage nicht ertheilt werde? Keineswegs, sondern nur so viel, daß hier andere Grundsätze in Betracht kämen, als da, wo der ursprüngliche Schuldner später das Eigenthum der für die Schuld verpfändeten Sache erworben habe. Dies ist nun auch in der That der Fall. Denn gegen den erbenden Eigenthümer steht die Klage zu, wiewohl nicht er, sondern ein anderer verpfändet hatte [f]). Daher dürfen auch beide Fälle nicht gleich beurtheilt werden; „hoc enim modo", fährt Paulus fort, „pignoris persecutio non est concedenda creditori": in dem Umfange, wie gegen den den Schuldner und Verpfänder beerbenden Eigenthümer, ist die Verfolgung des Pfandes gegen einen anderen Schuldner, der später Pfandeigenthümer geworden ist, nicht zu gestatten. Damit dieser der hypothecaria utilis haftbar sei, ist es nothwendig, daß er selbst die Pfandbestellung vorgenommen hatte.

---

ee) Wenn nämlich A und B je Sachen des C für die Schuld des A verpfändet haben, so ist das Pfand hier, wie da, von Anfang an ungültig bestellt. Erwirbt nun der letztere später diese Sachen, so wird in beiden Fällen der Schuldner zugleich Eigenthümer der für die Schuld verpfändeten Objecte; aber das Pfand convalesciert nur in dem erstern Falle.

f) Der Einwand, das mache doch wohl keinen Unterschied, da dieser andere der Erblasser sei, erweist sich bei näherer Prüfung als hinfällig.

Dieses und nichts anders besagt meines Erachtens im Grunde genommen die l. 41. Um es aber noch mehr hervortreten zu lassen, zieht Paulus vergleichsweise den vom Erbschuldner handelnden Fall heran, und hierbei zeigt sich deutlich, daß er auch gegen diesen die actio hypothecaria utilis verstattet, sich also in keinem Widerspruche mit Modestinus befindet.